

Zeit ist Geld

Überstunden und Arbeitszeitkonten sind aus arbeitsrechtlicher Sicht ein zwar alltägliches, aber gleichwohl heikles Feld. Wer hier Fallstricke vermeiden und gefährlichen Risiken aus dem Weg gehen möchte, sollte die strategischen Gestaltungsmöglichkeiten kennen und nutzen.

Von Michaela Felisiak und Dominik Sorber

● Bekanntlich hatte der EuGH vor über zwei Jahren (Urteil vom 14. Mai 2019, Az. C-55/18) die Mitgliedstaaten verpflichtet, Regelungen zu schaffen, die wiederum inländische Arbeitgeber dazu verpflichten sollen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System zur Zeiterfassung einzuführen. Vom Ende der Vertrauensarbeitszeit war die Rede und viele Arbeitgeber befürchteten einschneidende Änderungen unter anderem im Hinblick auf Überstunden. Passiert ist seitdem – jedenfalls auf gesetzgeberischer Seite – nichts.

Zusätzlich sorgten die beiden Entscheidungen des Arbeitsgerichts Emden aus dem Jahr 2020 für Aufregung und fachten die Diskussionen neu an. Die Emdener Richter gaben im Rahmen eines Überstundenprozesses den Vergütungsklagen statt und modifizierten die prozessuale Darlegungslast zu Gunsten der

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Begründet wurde diese Beweislastumkehr in Anlehnung an das EuGH-Urteil vom Mai 2019 mit europarechtlichen Argumenten. Diese Entscheidung wurde inzwischen durch das Landesarbeitsgericht Niedersachsen aufgehoben.

Viel Lärm um nichts? Nicht ganz, denn nach wie vor werden täglich zahlreiche Überstunden geleistet und es stellt sich die Frage, wie Arbeitgeber damit umgehen sollten, wie die aktuelle Rechtslage ist und wie die Zeit bis zur gesetzgeberischen Umsetzung des EuGH-Urteils genutzt werden kann. Arbeitgeber sollten wissen, welche weitgehend unerwarteten Risiken und Gestaltungsspielräume bei Arbeitszeitkonten bestehen.

Die Ausgangssituation stellt sich häufig so dar, dass sich Arbeitgeber und Beschäftigte über die Vergütung von Überstunden streiten. Auch wenn arbeitsgerichtliche Streitigkeiten oft in einem Vergleich enden, ist für die Bestimmung der Verhandlungsposition die Einschätzung des Prozessrisikos unerlässlich.

Darlegungs- und Beweislast tragen nach wie vor die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Bis zu den vorgenannten Entscheidungen des Arbeitsgerichts Emden (Urteil vom 20. Februar 2020 – 2 Ca 94/19, Urteil vom 24. September 2020 – 2 Ca 144/20) konnten Arbeitgeber bei Überstundenklagen weitgehend „entspannt“ bleiben. Hintergrund waren die hohen Hürden in der Darlegungs- und Beweislast bezüglich der geleisteten Überstunden, die – bis jetzt – die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer trifft. Diese müssen unter anderem darlegen und beweisen, an welchen Tagen sie von wann bis wann wie viele Überstunden geleistet haben und von wem diese Überstunden angeordnet wurden.

Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen hat in seinem Urteil vom 6. Mai 2021, Aktenzeichen 5 Sa 1292/20, die wesentlichen Voraussetzungen sehr treffend zusammengefasst. Wörtlich heißt es dort: *„Für eine erfolgreiche Überstundenklage ist nicht nur Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer Mehrarbeit geleistet hat, die über seine vertraglich vorgesehene Arbeitszeit hinausgeht, vielmehr muss diese Mehrarbeit auch in irgendeiner Weise dem Arbeitgeber zugerechnet werden können. Überstunden müssen vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig sein. Den Arbeitnehmer trifft die Beweislast. Soweit es um die Anordnung geht, hat er vorzutragen, wer wann und auf welche Weise Überstunden angeordnet hat. Allein die Anwesenheit des Arbeitnehmers am Arbeitsort begründet nicht die Vermutung, die Überstunden seien notwendig gewesen. (...)“*.

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben damit vor allem den Umfang ihrer geleisteten Überstunden darzulegen und zu



beweisen. Dass dies auch schon vor der gesetzlichen Umsetzung des EuGH-Urteils für Arbeitgeber gefährliche Fallstricke bieten kann, zeigen die beiden Entscheidungen des Arbeitsgerichts Emden.

Dieses hatte als erstes deutsches Arbeitsgericht – anders als die überwiegende Meinung in Lehre, Literatur und Anwaltschaft – angenommen, dass das EuGH-Urteil von 2019 bereits heute Auswirkungen auf die Darlegungslast im Überstundenprozess hat. Es vertrat dabei die Auffassung, dass die Arbeitgeberin zur Erfassung der Arbeitszeit gemäß § 618 BGB in europarechtskonformer Auslegung dieser Vorschrift unter Berücksichtigung der Vorgaben des EuGH verpflichtet gewesen sei.

Die Arbeitgeberin trug zwar vor, dass das bloße Erfassen der Ankunfts- und Verlassenszeit keine Arbeitszeiterfassung im eigentlichen Sinne sei und eine Arbeitszeiterfassung nicht erfolge. Dieses Argument wurde aber vom Arbeitsgericht Emden als Beweisvereitelung durch die Arbeitgeberin bewertet, was nach Auffassung des Arbeitsgerichts zu einer Beweislastumkehr führte. Der entsprechende Vortrag des klagenden Arbeitnehmers, dass er Überstunden geleistet habe, sei durch die Arbeitgeberin nicht entkräftet worden.

Die überwiegende Auffassung in der arbeitsrechtlichen Literatur und Lehre hält diese Argumentation zu Recht für fehlerhaft. Wie bereits ausgeführt, hat das Landesarbeitsgericht Niedersachsen diese Entscheidungen in zweiter Instanz „kassiert“

und die bereits oben dargestellte Beweislast, gemäß der die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nachzuweisen haben, dass Überstunden angefallen sind, bestätigt.

Überstunden und Arbeitszeitkonto

Dass Überstunden grundsätzlich nur dann zu vergüten sind, wenn der Arbeitgeber diese veranlasst hat, ändert aber nichts daran, dass Überstunden auch konkludent angeordnet werden können – beispielsweise, wenn die zugewiesene Aufgabe nur durch Ableistung von Überstunden bewältigt werden kann.

Auch ist die Duldung von Überstunden oder die nachträgliche Genehmigung möglich. Soweit die Arbeitszeit elektronisch erfasst wird und Arbeitgeber vorbehaltlos ein bestimmtes Guthaben ausweisen oder Zeiterfassungsbögen vom Arbeitgeber abgezeichnet werden, kann darin eine Billigung der jeweiligen (Über-) Stunden liegen. Nach den geltenden Beweislastregelungen tritt in diesem Fall (dann doch) eine Beweislastumkehr ein und die Arbeitgeberseite müsste darlegen, warum zunächst streitlose Überstunden zu einem späteren Zeitpunkt bestritten werden. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen führt dazu in seinem Urteil vom 6. Mai 2021 Folgendes aus: *„Die Billigung beinhaltet die Anerkennung vorher geleisteter Überstunden, der Arbeitgeber muss zu erkennen geben, er sei mit diesen Überstunden einverstanden gewesen. Unter Duldung ist zu verstehen, dass der Arbeit-*

geber von den Überstunden weiß und keine Vorkehrungen trifft, sie zu unterbinden. Die betriebliche Notwendigkeit setzt voraus, dass die Arbeit nur unter Ableistung der Überstunden zu bewältigen ist (grundlegend BAG, Urteil vom 10. April 2013 – 5 AZR 122/12).“

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, weshalb im Mai 2019, als die minutengenaue Arbeitszeiterfassung in aller Munde war, die Sorge vor künftigen Überstundenprozessen um sich griff. Bislang sind Arbeitgeber nach dem deutschen Arbeitszeitgesetz (ArbZG) – mit wenigen Ausnahmen – nur verpflichtet, die Arbeitszeit zu erfassen, die über die werktägliche Höchstarbeitszeit von acht Stunden hinausgeht. Sollten die Unternehmen in Deutschland gesetzlich dazu verpflichtet werden, die Arbeitszeit minutengenau zu erfassen, ist es künftig für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein „Leichtes“, die Erbringung von Überstunden darzulegen.

Soweit ist es aber noch nicht. Obwohl der deutsche Gesetzgeber aufgrund des EuGH-Urteils neue Regelungen zur Arbeitszeiterfassung erlassen muss, ist er bislang untätig geblieben. Ursprünglich war geplant, dass der Gesetzgeber die Vorgaben aus dem EuGH-Urteil von 2019 noch 2020, jedenfalls 2021 umsetzt. Dies ist nicht geschehen. Ein Gesetzentwurf liegt bisher nicht vor und es bleibt abzuwarten, ob eine mögliche Ampelkoalition zügig einen solchen Entwurf vorlegt. Feststeht, dass die EuGH-Rechtsprechung eine kontroverse Diskussion auslöste und die politischen Konsequenzen noch nicht umgesetzt wurden. Dennoch sollten Arbeitgeber bei der Führung von Arbeitszeitkonten Vorsicht walten lassen.

Zusammentreffen von Ausschlussklauseln und Überstunden

Unabhängig von einem neuen Gesetz zur Arbeitszeiterfassung kann sich bereits jetzt ein sehr praxisrelevantes und oft unerkanntes Problem für Arbeitgeber stellen: Sollte der Fall eintreten, dass ein Arbeitsverhältnis endet, ohne dass die oder der Beschäftigte die Gelegenheit hatte, ihre oder seine Überstunden abzubauen, besteht grundsätzlich die Verpflichtung des Arbeitgebers, die angesammelten Überstunden auszubezahlen. Arbeitsvertragliche Klauseln, die eine pauschale Abgeltung geleisteter Überstunden durch das vereinbarte Entgelt vorsehen, sind grundsätzlich unwirksam. Daher wird in diesem Fall die Frage relevant, für welchen Zeitraum eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer die Überstundenabgeltung verlangen kann und inwieweit eine vertraglich vereinbarte Ausschlussklausel eingreift.

Arbeitgeber sind gut beraten, wenn sie sich auf eine – hoffentlich wirksame – arbeitsvertragliche Ausschlussklausel berufen können (zuletzt hat das BAG hierzu wieder neue Anforderungen formuliert). Regelmäßig handelt es sich um eine zweistufige Ausschlussfrist. Danach müssten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer drei Monate nach Fälligkeit die Ansprüche in Textform zunächst geltend machen und sie nach weiteren drei Monaten gerichtlich einklagen.

Das Berufen auf die Ausschlussklausel ist für viele Arbeitgeber eine logische Konsequenz. Bei einer Vielzahl von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis ist diese Klausel sehr hilfreich. Aber nicht immer. Eine sehr wesentliche und meist unbekanntes Tatsache lautet: Eine arbeitsvertragliche Ausschlussklausel ist auf Zeitguthaben nicht anwendbar. Denn die Ausschlussklausel gilt nicht für sogenannte „streitlos“ gestellte Ansprüche. Daher ist



DR. MICHAELA FELISIAK ist Partnerin im Münchner Büro von Advant Beiten und Mitglied der Praxisgruppe Arbeitsrecht. Sie berät Unternehmen zu Fragen des deutschen und europäischen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts.



DR. DOMINIK SORBER ist Rechtsanwalt bei Advant Beiten in München und Mitglied der Praxisgruppe Arbeitsrecht. Er berät insbesondere im Bereich der digitalisierten Arbeitswelt 4.0 und dem Beschäftigtendatenschutz.

eine vertragliche Ausschlussklausel bei Überstundenprozessen im Zusammenhang mit einem Arbeitszeitkonto regelmäßig ein ungeeignetes Mittel. Das Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 20. November 2019 – 5 AZR 578/18) hat in verschiedenen Urteilen gestellte Ansprüche nicht unter die arbeitsvertraglich vereinbarte Ausschlussfrist fallen.

Streitlos sind Ansprüche, wenn sie vorbehaltlos auf dem Arbeitszeitkonto ausgewiesen werden. Erforderlich ist hier eine „Wissenserklärung“ des Arbeitgebers, nach der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer davon ausgehen können, dass die Überstunden anerkannt werden – quasi wie eine Unterschrift des Arbeitgebers auf dem Lohnzettel. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn Überstunden auf einer Lohnabrechnung ausgewiesen sind. Allerdings hat die Rechtsprechung es auch als ausreichend angesehen, wenn Überstunden ohne weitere Beanstandung oder ohne einen einschränkenden Hinweis in einem Arbeitszeitkonto ausgewiesen wurden.

Dies ist vielen Arbeitgebern nicht bewusst, was dazu führt, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, diese Ansprüche innerhalb der regelmäßigen Verjährung, also innerhalb von drei Jahren, nach der Fälligkeit geltend zu machen. Das heißt selbst nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses und nach Ablauf der zweistufigen Ausschlussfrist, können Arbeitnehmer Ansprüche gegen Arbeitgeber auf Abgeltung von Überstunden geltend machen. Dass diese nicht in Form von Rückstellungen berücksichtigt wurden, ist nur ein unerfreulicher Nebeneffekt.

Gestaltungs- und Optimierungsmöglichkeiten

Diesem unerfreulichen Risiko kann vorgebeugt werden. Es bestehen Gestaltungs- beziehungsweise Optimierungsmöglichkeiten: Arbeitgeber sollten Überstunden nicht ungeprüft dem Arbeitszeitkonto gutschreiben. Dies lässt sich wie folgt vermeiden:

- Soweit ein System automatisch durch Ein- und Ausstempeln sämtliche Überstunden verbucht, sollten Arbeitgeber aktiv

werden und einen Zwischenschritt etablieren, bei dem die Überstunden von einem Vorgesetzten sowohl individuell geprüft als auch freigegeben werden müssen und erst nach erfolgter Freigabe auf dem Arbeitszeitkonto verbucht werden. Diese Freigabe kann bildlich gesprochen als digitale Unterschrift gesehen und damit als Wissensmitteilung gewertet werden. Das bedeutet, ab Freigabe sind sie „streitlos“ im oben genannten Sinne. Kommen Vorgesetzte zu dem Ergebnis, dass Überstunden nicht angeordnet oder nicht notwendig waren, werden die Überstunden abgelehnt und nicht im Arbeitszeitkonto hinterlegt. Ist ein Beschäftigter dennoch der Auffassung, dass die Überstunden „berechtigt“ geleistet wurden und begehrt er die Auszahlung, dann muss er nachweisen, dass die Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet oder geduldet wurden. Auf diese Weise vermeidet der Arbeitgeber, dass Überstunden automatisch als streitlos gelten.

- Eine weitere Möglichkeit ist, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – bevor sie Überstunden leisten – diese bei ihrem Vorgesetzten anzuzeigen haben. Auf diese Weise kann der Vorgesetzte prüfen, ob die Überstunden erforderlich sind. Die Anzeige sollte nachweisbar dokumentiert (etwa per E-Mail oder per App) werden. Die Mitteilung sollte auch eine Begründung enthalten, sodass nachprüfbar ist, ob die Überstunden erforderlich waren. Stellt sich im Nachgang heraus, dass Überstunden nicht erforderlich oder nicht vom Vorgesetzten freigegeben waren, sind die Überstunden abzulehnen und ebenfalls nicht auf das Arbeitszeitkonto zu buchen. Ist der Beschäftigte der Meinung, dass die Überstunden erforderlich waren, trifft ihn auch hier die Beweislast.
- Die dritte Möglichkeit ist, die Ausschlussklauseln in Arbeitsverträgen entsprechend an solche streitlosen Ansprüche anzupassen. Auch wenn die Rechtsprechung noch keine abschließenden Voraussetzungen definiert hat, könnte beispielsweise eine Parallele zum Betriebsübergangsrecht gezogen werden: Danach ist anerkannt, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Ansprüche nach entsprechender Aufklärung verzichten können. Ein solcher Verzicht setzt unter anderem voraus, dass Beschäftigte in Kenntnis bestimmter Ansprüche ausdrücklich auf diese verzichten. Hierzu müssten die Parteien eine entsprechende Vereinbarung schließen und die Klausel müsste hierauf Bezug nehmen. Die vollumfängliche Aufklärung des Arbeitnehmers dürfte hier entscheidende Bedeutung haben, denn nur ein aufgeklärter Arbeitnehmer ist in der Lage, wirksam auf ein Recht oder einen Anspruch zu verzichten. Zugleich werden sicher in vielen Konstellationen Arbeitnehmer nicht ohne Gegenleistung – in welcher Form auch immer – nach umfassender Aufklärung auf die Monetarisierung geleisteter Überstunden verzichten. Es kann aber besondere Konstellationen geben, in denen das anders sein kann. Ob ein solcher Verzicht einer gerichtlichen Kontrolle standhält, kann nicht vorhergesagt werden.

Arbeitszeitkonten im Lichte der viel beachteten EuGH-Entscheidung

Welche Spielregeln gelten jetzt bei der Einführung von Arbeitszeitkonten? Der EuGH hat 2019 nur entschieden, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen müssen, dass ein objektives, verlässliches und zugängliches System zur Arbeitszeiterfassung

verpflichtend eingeführt wird. Details für die Ausgestaltung des Zeiterfassungssystems gibt der EuGH nicht vor. Es ist jedoch zu erwarten, dass durch das System sicher festgestellt werden können muss, wie lange Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer tatsächlich arbeiten. Auch müssen hierdurch Arbeitszeiten kontinuierlich und nachvollziehbar dokumentiert werden. Schätzungen, Pauschalierungen oder ungefähre Angaben werden nicht ausreichen. Die Vorgaben des EuGH lassen Fragen offen, etwa ob – und wenn ja wie – die Arbeitszeiterfassung auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer delegiert werden kann (Stichwort: Ende der Vertrauensarbeitszeit?).

Eine Erfassung in elektronischer Form ist – so der EuGH – zwar nicht zwingend notwendig. Vielmehr kann eine Aufzeichnung auch in Papierform oder über jedes andere geeignete Instrument (beispielsweise Stempeluhr, Nutzung von Arbeitszeitkarten und dergleichen) erfolgen. Dennoch ist davon auszugehen, dass die Erfassung vielfach elektronisch – beispielsweise durch ein Arbeitszeitkonto oder smarte Apps wie „atWork“ oder „FlexLog“ – erfolgen wird. Dies wäre ein weiterer Schritt in die Arbeitswelt 4.0.

Die Nutzung solcher Apps ist allerdings mitbestimmungspflichtig, sodass eine Betriebsvereinbarung zu verhandeln und abzuschließen ist. Hier sind dann nicht nur arbeitszeitrechtliche, sondern insbesondere auch datenschutzrechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Denn die Apps sind auch geeignet, die Leistung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu kontrollieren, womit zu klären ist, zu welchen Zwecken diese personenbezogenen Daten genutzt werden dürfen.

Klare Vorgaben mindern das Risiko

Es bleibt abzuwarten, wie die neue Bundesregierung aussehen wird und ob ein neuer Bundesarbeitsminister oder eine neue Bundesarbeitsministerin das EuGH-Urteil (endlich) umsetzt. Insbesondere die gesetzgeberische Umsetzung der Frage, wie Arbeitgeber die Arbeitszeiten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufzuzeichnen haben, ist auch für die Gestaltung des Arbeitszeitkontos wichtig. Denn bei der Einführung von Arbeitszeitkonten sollten klare Regelungen getroffen werden, welche Arbeitszeiten wie gespeichert und ausgewiesen werden.

Es ist zu empfehlen, dass – unabhängig davon, ob Überstunden geleistet werden – Arbeitszeitkonten in einem ersten Schritt nur mit der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit belastet werden. Erst in einem zweiten Schritt sollten mögliche Überstunden getrennt aufgezeichnet und dem Vorgesetzten zwingend zur Kontrolle vorgelegt werden. Dieser hat die Überstunden auf Anordnung und Erforderlichkeit zu prüfen, bevor sie im System freigegeben werden.

Insbesondere die Risiken, die sich in Bezug auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei positiven Arbeitszeitkonten ergeben können, sind zu beachten. Es empfiehlt sich, klare Vorgaben zu Arbeitszeitkonten und der Verbuchung von Überstunden bei allen disziplinarischen Vorgesetzten einheitlich zu etablieren. Die organisatorischen Vorgaben und bestimmte Vorkehrungen sind, wie gezeigt, erforderlich, damit nur tatsächlich notwendige Überstunden auf dem Arbeitszeitkonto verbucht werden. Auf diese Weise können Prozess- und finanzielle Risiken gemindert werden. ■■■